

◇ 特別寄稿 ◇

日韓刑法理論史研究会（2）

軍事独裁時代の韓国の刑法学

朴 智 賢*

目 次

- 一 序 論
- 二 韓国刑法と刑法の一般理論の概要
- 三 軍事独裁時代の刑法とその理論
- 四 結論——民主化後の課題

一 序 論

「軍事独裁時代」という言葉を刑法学の時期区分の基準として用いること自体が、刑法学者として生きてきた人々を一括りにして有罪推定することになってしまうという批判を招くかもしれない。軍事独裁時代の刑法学を評価することが容易でない最大の理由は、現在の韓国刑法学があの時代の刑法学との関係を明確に断ち切ることなく、それを継承したことにあ
る。筆者もまた、そのような刑法学の基本的枠組を知らないまま自己のな
かに取り入れ、主流派刑法学の体系の内部で研究してきたがゆえに、同じ
ように批判の対象となりうるかもしれない。また、刑法学の理論的抽象性
が刑罰権を行使する支配階級のイデオロギー的本質の隠蔽を可能にしてき
たがゆえに、あの時代の支配的な理論やそれに対抗する理論の政治的性格
を明確にすることが容易でないという事情も理由として挙げられよう。そ
のような理由があるため、また筆者の個人的な不十分さもあいまって、本

* ばく・じひょん インジエ 仁済大学校法学部教授

稿に限界があることをあらかじめ断らざるを得ない。

本稿の目的は、1962年の5・16クーデタによって成立した軍事独裁政権が、1987年の民主化運動を起点として解消されるまでの韓国刑法と刑法学を回顧することにある。とりわけ検討対象として取り上げようと思うのは、軍事独裁統治の手段として用いられた刑法および刑法理論とそれに対置される対抗的な刑法理論である。本稿では、韓国刑法を十分に知らない読者のために、独裁刑法であるとは断定できないが、支配的刑法と呼べる一般刑法と刑法学に関して一般的な情報を提供することにした。

二 韓国刑法と刑法の一般理論の概要

1. 刑法の成立と初期刑法学

刑法は、1953年、朝鮮戦争の真っ直中の釜山において、避難政府のもとで制定された。現行刑法に至るまで、枝葉の改正を数回経ただけで、当時のままの基本的枠組が維持されている。この刑法典の立案に中心的な役割を果たしたのが、^{オムサンソプ}厳詳燮と彼の思想であった。それを研究する学者は、これを「韓国刑法の父」と呼び¹⁾、例えば^{フョイルテ}許一泰は、彼の刑法が「先進国の刑法のレベルを超えた実質的法治主義に立脚した規定を少なからず設けている」²⁾と評価している。^{シンドンウン}申東雲は、「1951年の政府草案が治安維持思想と犯罪者の必罰主義に傾斜したのに比べて、^{オムサンソプ}厳詳燮の法制司法委員会草案、つまり刑法典は、人道主義と民主主義の観点から修正を加えたもの」³⁾であると高く評価している。

戦争の真っ直中であって、急いで法制度を設けなければならなかった事情を考慮に入れるならば、彼の努力に意味がなかったとはいえないが、冷静に評価すると、刑法典を指して「自主的」であるとか、「韓国的」であ

1) 許一泰「厳詳燮の『刑法思想』」『東亜法学』第34号(2004年)193頁。

2) 許・前掲注(1)197頁。

3) 申東雲『暁堂・厳詳燮「刑法論集」』(ソウル大学出版部, 2004年)IV頁。

るといった修飾語をつけるほどではなかったように思われる。諸外国の刑法を参考にして刑法典を制定したとはいうが、それは日本の改正刑法仮案の内容を相当部分そのまま写したものでしかなかった。刑法典の草案の総則部分は、金炳魯^{キムジョンロ}の草案を継承したものである⁴⁾。金炳魯は、若い頃、東京で牧野英一から学び、彼の実質的違法性論と彼が主導した改正刑法仮案を模範とした⁵⁾。改正刑法仮案は、1930年代のドイツ、イタリアのファシズム刑法の影響を受け、全般的に法定刑が重く、国家法益の保護を強調する特徴があると評されている⁶⁾。日本帝国主義から独立した国の刑法典が、再び日本の刑法に追従しただけでなく、市民の保護よりも統治秩序の保護に重点を置いたという事実は、日本帝国主義からの解放が抑圧的支配の終息を意味するものではなかったことをも示唆している。

刑法典が、その大部分が日本刑法の条文の助詞と語尾をハンゲルに置き換えた翻訳文でしかなかったため、初期の刑法学は日本刑法と日本語の条文をハンゲルを用いて説明することに重点が置かれた。初期の刑法学者のなかで、劉基天^{ユキチン}だけは相対的に独自の解釈を追求したといわれているが、大体の刑法学者は、日本刑法学を紹介するレベルにとどまっていた。

2. 韓国刑法の一般理論の政治的あいまいさ

1970年代以後、ドイツ留学組が大挙して帰国するにつれて、ドイツ刑法学に傾倒した刑法学の時代⁷⁾が続いた。よくいえば、素材と論拠が多様でかつ緻密になり、研究者の裾野が広がったということもできる。このよう

4) 厳詳燮の刑法草案は、法典編纂委員会（1948年）の刑法草案を継承したものであるが、その刑法草案の総則部分は、金炳魯（初代大法院長）が起草し、その各則部分は厳詳燮が起草したことで知られている。

5) 申東雲「刑法第20条の社会常规の成立の経緯」『ソウル大学校法学』第47巻第2号（2006年）193頁以下。日本刑法と韓国刑法の比較に関して日本語で執筆された論文としては、柳全哲「韓国刑法に及ぼした日本刑法の影響」『法学論叢』第29巻第2号（全南大学校法学研究所、2009年）237-256頁を参照。

6) 呉英根「韓国刑法理論の発展動向」『比較刑事法研究』第8巻第1号（2006年）35頁。

7) 呉英根・前掲注(6)125頁。

な状況に関して、より自主的で創造的な刑法学が必要であると主張する声⁸⁾もあったが、植民地主義からの脱却を声高に主張するだけでは、依然として既存の刑法理論の枠内において学問的な対案を追求することに終わるだけで、現実と乖離した刑法学を克服する方策にはならなかった⁹⁾。

韓国刑法学が、とくに大きな理論的転機やその形式の変更なしに、数十年間にわたって維持されてきたのは、韓国社会が戦争と独裁の辛酸をなめてきたにもかかわらず、刑法学界が頗る政治的な論題をあたかも中立的な論題であるかのように扱い、また政治的な論題を回避してきたことの結果であろう。抽象的な理論は中立性の外皮をまとうことがあるが、とくに韓国の刑法学は外国理論の輸入に依存し、それによって本来的な政治性を曖昧に隠しながら展開することができたのである。

若干の例に挙げてみよう。韓国刑法学では1950年代に日本から目的的行為論を取り入れ、それが1960年代以降に多くの支持を集めた。1980年以降は、社会的行為論¹⁰⁾が大勢になる状態が展開した。金日秀^{キムイルス}の人格的行為論とジョ・ジュンヒョンの消極的行為論を除いて、多くが社会的行為論の立場に立った。因果的行為論を支持する学者は、韓国では見られないように思われる。しかし、数年前から非常に多くの学者が行為論不要論¹¹⁾を繰り広げている。ただでさえ外国の理論を紹介するレベルの論議であったため、不要論が提起されてからは、行為論を論ずることがもう恥ずかしいことになってしまった。しかしながら、行為論が不要なのではなく、行為論の論争が無益な方向へと展開されてしまったことに問題がある。大部分の研究者は、行為論の歴史的展開とその社会的意味を紹介する

8) 裴鍾大^{ペジョンデ}「我々の法学が進むべき道——刑法学を中心に」『法と社会』創刊号（1989年）220頁以下。

9) 李昌鎬^{イチャクホ}「韓国刑法学の方法論の問題点と課題」『民主法学』第6号（1993年）41頁。

10) 李在祥^{イチェンサン}、李炯國^{イヒョンク}、鄭盛根^{ジョンソンゲン}、車鏞碩^{チャヨンソク}、權五杰^{グンウジェ}、任雄^{イムウン}、鄭英一^{ジョンヨンイル}、ソン・ドングォンなどは社会的行為論の立場に立っている。出所の表記が複雑であるため、最近の刑法総論教科書に基づいて学説を分類する場合には、出所の表記を省略することをご理解いただきたい。

11) 南興祐^{ナムフンウ}、呉英根^{オヒョンゲン}、朴相基^{パクサンギ}、裴鍾大などがこの立場にいた。

ことには消極的で、その論理形式に関心を向けて、論議を展開させただけであった。因果的行為論と目的的行為論の思想的基盤、政治的意味内容などに関して、どの教科書も責任のある説明をしなかったことは驚くべきことである。行為論が不要だというのではなく、大方の行為論の無力さと曖昧さに危険性が潜んでいることを警鐘をならして批判することが正しかったのではないかと思われる。

古典学派と近代学派の対立を扱う態度も、やはり「哲学史の遺物」¹²⁾を紹介するかのように、距離を置いて説明する姿勢が一般的な傾向である。結論を述べるならば、その大部分において漠然とした折衷主義が蔓延している。客観主義と主観主義についても同じである。どの側からも他の側に対して同じように距離を維持しながら叙述する姿勢が、すべての教科書に共通している。具体的にどのような立場を表明するかは、「研究者個人の選択であって、それは学派とは無関係な問題である」¹³⁾と述べて結論を回避するか、人によっては「通説である人的行為論・人的不法論」¹⁴⁾によって解消されたと述べるほどである¹⁵⁾。人間の自由に関して刑法がいかなる態度をとるかは、根本問題の一つであり、それは刑事不法と倫理規範との関係を確定するという重大な問題と関係している。その結論を得るのがたとえ困難であろうとも、テーマそれ自体を放棄するのは問題ではないかと思う。

12) 裴鍾大『刑法総論』（弘文社・2009年）19頁。
13) 裴・前掲注(12)19頁参照。
14) 韓国の刑法学界の通説は、「二元的・人的不法論」である。李在祥，李炯國，金日秀，孫海睦，裴鍾大，安銅準，陳癸鎬，ソン・ドングオン，任雄，鄭成根などがこの立場に立っている。
15) 鄭成根・朴光文『刑法総論』（サンジ社・2007年）43頁。

三 軍事独裁時代の刑法とその理論

1. 独裁に奉仕した刑法の一般理論

(1) 共謀共同正犯理論の輸入と定着

共謀共同正犯論は、共同正犯に関連した理論的議論の問題にとどまらず、犯罪への多種多様な関与に対する、また多様な集団的行為に対する処罰の過酷性を示す点において代表的な理論であると思われる。まずこれを論ずる。

共謀共同正犯論は日本から輸入された理論である。韓国の裁判所は、実行為に参与していない共犯を正犯として処罰する一貫した立場に立っている¹⁶⁾。刑法学界では、初期の時点においては、この理論を支持する立場¹⁷⁾とそれに反対する立場とに分かれていた。後者の立場を支持する者の方が多く、1970年代以降は反対の立場が通説¹⁸⁾になった。

共謀共同正犯論は、政治犯の処罰を強化するのに大きな威力を発揮した。最初の政治犯の事例として、朴正熙大統領暗殺未遂事件の関与者を内乱目的殺人罪の共謀共同正犯として処罰した事例¹⁹⁾を挙げることができる。その後、光州民主化運動における釜山アメリカ文化院放火事件の事

16) 初期の判例としては、大法院1965年12月10日宣告65ド826などがある。鄭成根によると、それ以前に言い渡された判例として、1955年6月24日の大法院判決、1960年6月15日の大法院判決(事件番号未記録)などがある(鄭成根「共謀共同正犯論訴訟」『法学論義』(檀国大学校法学研究所・1968年)29頁。

17) リュ・ビョンジン『刑法総論』171頁以下、李根祥^{イ・グンサン}『刑法総論』193頁、黄山徳^{ファンサンドク}『刑法総論』301頁以下、金鐘寿^{キムジョンヌ}「新刑法における共謀共同正犯論」『法廷』第79号11頁以下、ジョン・ソクウン「共謀共同正犯に関する理論的考察」『司法行政』1964年3月号38頁以下(以上の文献の詳細については明らかでないため、鄭成根・前掲注(16)30頁から引用した)。

18) ナム・サンムン「共謀共同正犯」『法学論』第8巻(清州大学校法学会・1971年)104頁参照。

19) 大法院1980年5月20日宣告80ド306判決。

例²⁰⁾、大学図書館占拠中の放火致死に関して、集会に参加しただけの者を正犯として認定した事例²¹⁾など、教科書において挙げられている共謀共同正犯に関連した判例はすべて政治犯の事例である。

裁判所は、共謀共同正犯論に対する刑法学界の反対世論を意識し、最近になって実行行為に関与していない共謀者に「機能的行為支配」が認められる場合に限って共謀共同正犯として認定できるという判決を出した²²⁾。この事件は、労働組合が占拠し籠城している最中に行われた暴行や傷害に関して、実行行為を共同していない労組幹部にその正犯を認定した事件である。「機能的行為支配」が要件であるとされているだけで、この事案の場合に、実行行為を分担すらしていない者がいかに行為を支配したと言えるのか、特殊的な事情があったことが理由にされているのか、などについては明らかではない。機能的行為支配を認定する根拠として提示された唯一の説明は、「集団的な占拠・籠城の過程において、労働組合員が行う過激な行動、警察による鎮圧に対する物理的な衝突、それに伴う集団的暴行や傷害および器物の損壊などが後を絶たないことを十分に予想できたにもかかわらず、そのような行為を防止する合理的で適切な処置を講ずることをせず、むしろ上記の集団行動を督励し、強行した」というだけである。この判決が出されたことを契機にして、その基本的趣旨に賛同する立場表明²³⁾が少数の学者から続いていることに憂慮しなければならない。変形された共謀共同正犯論もまた、労働運動や社会運動、暴力団組織の場合、

20) 大法院1983年3月8日宣告82ド3248判決。当時、他のアメリカ文化院の占拠事件に対しても同じ基準が適用された。ソウル高等法院1986年2月4日宣告85ノ3184第1刑事部判決。

21) 大法院1990年6月22日宣告90ド764判決。

22) 大法院2007年4月26日宣告2007ド428判決。

23) チェ・ホジン「機能的行為支配と共謀共同正犯」『法学論考』第32号（慶北大学校法学研究所・2010年）631-655頁、イ・ウォンギョン「機能的行為支配と共謀共同正犯の正犯性」『刑事法研究』第22巻第2号（2010年）59-86頁、イ・チャンソプ「判例評釈・共謀共同正犯理論遺憾」『比較刑事司法研究』第9巻第2号（韓国比較刑事司法学会・2007年）337-363頁。

実行行為者の外部にいる者が特別な超越的支配者であるかのように論ずる差別的思考に基づいているからである。

(2) 「社会常規（刑法20条）に合致する行為」の意味

刑法20条は、「正当行為」という表題のもとで、「法令にもとづく行為または業務による行為，その他社会常規に反しない行為は，罰しない」と定めている。このドイツや日本の刑法にはない「社会常規」という規定を取り入れたのは，やはり日本の改正刑法仮案と実質的違法性論の影響であると指摘されている²⁴⁾。「社会常規」の規定の地位の問題（つまり，それが違法性阻却の一般原理を表明したものなのか，それとも違法性阻却の補充的事由の1つなのか）やその具体的意味（すなわち，国法的秩序を指すのか，それとも超法規的な倫理的慣習概念を指すのかなど）については，なお多くの議論を要するが，この議論のなかで長いあいだ看過されてきた重要な実践的論点は，「社会常規に合致する行為」の認定にあたって「緊急性」と「補充性」の要件を備えていなければならないと要求してきた裁判所の態度が妥当であるかという点である。

初期の判例は，第20条の「社会常規に反しない行為」を「目的，手段，行為者の意思など諸々の事情に鑑みて，社会通念上，許容できる程度の相当性があるため，違法性を欠いた行為」²⁵⁾とし，「社会的相当性」と類似の意味に解していた。その後，ある国家保安法事件を契機として，社会常規にもとづく正当行為は，「緊急性と補充性を備えていなければ」ならないという原則が確立した²⁶⁾。その後，同じ趣旨の判決が繰り返し出され

24) 申東雲・前掲注(3)216頁以下。

25) 大法院1969年12月30日宣告69ド966判決。

26) 大法院1983年3月8日宣告82ド3248判決は，「正当行為として認定するためには，第一にその行為の動機や目的が正当なものであること，第二に行為の手段や方法が相当なものであること，第三に保全された法益と侵害された法益が権衡していること，第四にその行為が緊急状況下において行われたこと，そして第五にそれ以外になすべき手段や方法がなかったこと，すなわち補充性の要件を満たしていることが必要である」という。

たが、その相当数は公安事件である²⁷⁾。このような解釈によって、社会常規による正当行為は「例外行為」と見なされてしまった。そのような解釈は、社会常規や正当行為の地位と意味を究明するにあたって非常に重要な問題である。しかし、この問題がかつて学界で指摘されたことも、また取り扱われたことも全くない。学界の趨勢は、判決の趣旨に賛同しながら、それを簡単に紹介するだけか、あるいは社会常規とは「具体的に定義するのは、ほとんど不可能に近く、かりに定義したとしても、問題の解決にそれほど役立つ」と述べるだけであった²⁸⁾。「社会常規に合致する行為」は、緊急行為である正当防衛や緊急避難に関連するものではないにもかかわらず、なぜ緊急性と補充性を要求しなければならないのか。

通常、構成要件該当行為と緊急行為との関係は、原則法と例外法の関係において説明される。すなわち、一方で禁止された行為類型に該当する行為が原則的に処罰されることを前提にしながら、他方で緊急状況下における行為であることを理由にそれを例外的に正当化するという関係である。したがって、そのような場合、緊急性と補充性の要件を厳格に要求することに正当な理由がある。それに対して、「社会常規に合致するかどうか」の問題は、むしろそれに合致する行為は原則的に正当なものと承認され、その行為が構成要件に該当する場合には、例外的に処罰されるというべきである。もし社会常規と刑罰法規が対立するようなことがあれば、正当性が疑われるのは刑罰法規の方である。刑罰法規の適用は謙抑的であれば

27) 大法院1986年9月9日宣告86ド1187判決(国家保安法違反・現住建造物等放火未遂事件など)、大法院1986年9月23日宣告86ド1547判決(国家保安法違反・集会及び示威行為に関する法律違反事件)、大法院1986年10月28日宣告86ド1784判決(国家保安法違反・特殊公務執行妨害致死事件)、大法院1987年1月20日宣告86ド1809判決(集会及び示威行為に関する法律違反事件)、大法院1987年7月21日宣告87ド1081判決(国家保安法違反・集会及び示威行為に関する法律違反事件)、大邱高等法院1987年7月29日宣告87ノ879第1刑事部判決(国家保安法違反等被告事件)など。1990年代以降の事件についても、同様のことがいえる。

28) 呉英根・前掲注(6)313頁。

ならないし、それが必要である場合でも、補充的にしか認められないと思われる。

社会条規と社会的相当性を区別する者もいる。かりに区別するのであれば、それらの相互関係が次の2つの場合に区別されなければならない。第1には、ある行為を定型的に見たとき、それが原則的に社会生活上許された行為であるため、禁止されてはならない場合には、その行為は最初から犯罪の構成要件に該当しないことを明確にしなければならない。そのように解釈・適用できるよう立法技術を駆使することによって、あらかじめ可罰性を排除しておく必要がある。かりに法文がそのような規定になっていないなら、解釈によって可罰性を排除しなければならない。その行為の適法性を確保するために、緊急性や補充性を要件として求めるべきではなく、ハンス・ヴェルツェルの社会的相当性論を参照することも有用であろう。第2には、ある行為が定型的に禁止されるべきであり、構成要件的にも禁止行為に該当するにもかかわらず、具体的に見ると例外事情によって正当化される必要がある場合には、その違法性を阻却するために緊急性や補充性を要件とするのが妥当な場合もある。

しかしながら、支配的な立場は、結局のところ両者を区別することには実益がないと解しているのである。社会的相当性の概念は、刑法理論上必要ではなく、社会的に相当な行為であっても「他人の法益を侵害している以上、犯罪の構成要件に該当しているのであるから、それを正当化する事由があるか否かを違法性判断の段階において検討する」ことが重要であると主張するもの²⁹⁾、また「隣の鍛冶屋から釘を1本盗ってきた行為」のような些細な法益侵害行為などは刑法第20条の社会常規の問題として扱えば十分であると主張するもの³⁰⁾、さらには「構成要件該当性を否定する事由としての社会的相当性論は、違法性阻却事由、とりわけ社会常規に

29) 藪鍾大・前掲注(12)324頁。

30) 呉英根『刑法総論』(博英社・2009年)282頁以下。

反しない行為の一環として扱い、それに解消することが望ましい」と主張するものがある³¹⁾。いずれの主張においても、最終的に社会的相当性論は排斥されている。

社会的相当性のある行為と違法性阻却事由としての社会常規に合致した行為とを同一のものとして取り扱う立場は、大法院の判例に見られるように、基本権の行使のように原則的に正当な行為を例外的な適法行為と見なし、最終的に適法行為の要件として緊急性と補充性の要件を求めるような愚行を犯すことになる。その例として、最近の消費者不買運動に対する判例を検討することができる³²⁾。その判例によれば、「憲法と法律によって認められた消費者の権利」であっても、「刑法第20条の正当行為としての要件を満たした場合にのみ許容される」のであり、それゆえに「緊急性」や「補充性」などの要件が満たされていないければ、違法阻却は認められないというのである。大法院は、この事案に関して、被告人たちの行為が出版社に対して直接的に不買運動をしたのではなく、その広告主に対して不買運動を行ったという点を取り上げて、それが緊急性や補充性の要件を満たしていないことを理由に刑法第20条を適用できないと判断して、強要罪および恐喝罪の成立を認めたのである。

（3）独裁権力の自己弁明——「成功したクーデタ理論」

1995年12月に制定された5・18（光州事件）特別法は、ジョン ドファン ノ テ ウ全斗煥、盧泰愚元大統領を含む1980年5月17日の軍事クーデタの中心人物を処罰するためのものであった。この法律が制定される前の1995年7月、検察官は「成功したクーデタ理論」を根拠にして、彼らを公訴する権利がないことを決定し、公訴時効が終了していないにもかかわらず処罰できないとした。「成功したクーデタ理論」とは、その当時の検察官の説明によれば、ハンス・

31) 任雄『刑法総論』（法門社・2008年）184頁以下。

32) ソウル中央地方院2010年10月5日宣告，2009ノ3623判決。大法院の判断はまだ言い渡されていない。

ヴェルツェルと大塚仁が主張した理論であるということが³³⁾、既存の国家秩序に対抗して新しい秩序が成功裏に樹立されている以上、その内乱行為を犯罪として処罰することはできないというのであるが、それは事実的な見地から見た場合の内乱罪の社会的特徴を述べているだけであって、規範的な解釈論であるとはいえない。

独裁時代において、とくに内乱の中心人物が権力の座にいる間は、「成功したクーデタ理論」による理論的な裏づけをする必要はなかったし、軍事クーデタが適法か否かという問題自体を議論する学問的作業を期待するのも困難であった。ようやく1995年頃に起訴できるか否かが現実の問題として浮上した。^{ハンインツブ}韓寅燮³⁴⁾によると、法学界で検察官の判断を支持する者はいなかったという。

ただ、5・18特別法に関しては、そのなかに内乱関連の行為の公訴時効を延長する条項、また時効の完成を認めない条項があったため、憲法論争が引き起こされた。憲法裁判所は、公訴時効の問題は、刑事訴追が「いつ」可能であるかではなく、「いつまで」可能であるかという問題であるので、刑罰法規の遡及禁止原則の適用対象ではないとして、時効制度によって利益を受けることの信頼の保護と処罰の必要性とを比較して利益衡量することによって合憲の判断を言い渡した³⁵⁾。その当時も、また現在においても、刑法学教科書のほとんどは、この決定に反対する議論を展開している。公訴時効は、常に刑罰法規の遡及禁止原則の適用対象であるべきと主張する者もいるが³⁶⁾、多数説は、すでに完成した時効については遡及して延長することはできないが、まだ完成してない時効に関しては遡

33) Vgl. Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S.480f. 大塚仁『刑法各論』(下)(青林書院・1970年)522頁参照。^{ハンインツブ}韓寅燮「政治的軍部の犯罪行為と『成功したクーデタ』の実情」『歴史批評』第30号(歴史問題研究所・1995年)23頁からの引用したものである。

34) 韓寅燮・前掲注(33)34頁。

35) 憲法裁判所1996年2月16日。96憲ガ2, 96憲バ7, 96憲バ13併合決定。

36) 呉英根『刑法総論』(博英社, 2009年)56頁。

及的延長が可能であると主張している³⁷⁾。5・18特別法の関連事件の特殊性、つまり国家犯罪については公訴時効の完成を主張できないという点を指摘するものがある³⁸⁾、その立場が最も妥当であると思われる。

2. 独裁の手段として利用された刑法各則および特別刑法上の犯罪規定と その解釈理論

(1) 労働争議の弾圧手段としての業務妨害罪

労働者の正当な争議行為は、法令による行為として違法性が阻却される。争議行為の正当性は憲法によるのではなく、「労働法の遵守いかんによって」³⁹⁾ 判断される。しかし、暴行罪、器物損壊罪などの罪で処罰できない平和的な争議行為であっても、刑法第314条の「威力による」業務妨害罪⁴⁰⁾として処罰することができる。業務妨害罪の立法目的が労働争

37) キム・ソンチョン、キムヒョンジョン 金榮川、金日秀、パクサンギ 朴商祺、裴鐘大、申東雲、任雄（以上の論者の主張はその教科書の該当部分で展開されている）、ハ・テヨン「公訴時効制度の問題点と改正方向」『比較刑事法研究』第4巻第1号（2002年）519頁以下、許一泰「権威主義時代の反人倫的犯罪行為と遡及効禁止原則」『東亜法学』31号（2001年）113頁参照。

38) この点を強調した憲法学者として、李昊重の名前を挙げることができる。李昊重「反人権的国家犯罪の公訴時効排除と遡及効」『民主法学』第30号（冠岳社・2006年）125頁以下参照。李は、利益衡量論法が危険で、逆作用があるということを理由に反対論を展開した。犯罪の遡及効禁止は憲法上の要請であるが、国家犯罪を遡及効することは憲法内在的限界であると主張するのは、ヴァンヤ・アンドレアス・ヴェルケ（Wanja Andreas Welke）である（ヴェルケ〔ハン・サンフン訳〕「遡及効禁止原則の意義と限界」『民主法学』第10号（1996年）111頁以下の論旨に従った）。その趣旨は、遡及効禁止原則は国家権力の恣意的な行使から市民の自由と人権を保護するために成立した原理であり、国家権力の支配者が法治国家の基本原則を否定したり、また市民の人間の尊厳を否定するような不法を行った場合には、遡及効禁止原則と同様に罪刑法定主義の原則の適用を求められないというものである。それ以外にも遡及効を正当なものとした論者としてノ・ギホがいるが、彼は「訴追障害事由」を根拠にした。（ノ・ギホ「5.18特別法は憲法違反か否か」『漢陽法学』第7集〔漢陽法学会・1996年〕246頁）。曹國は、憲法裁判所の利益量刑論法を支持した。（曹國「『反人権的国家犯罪』の公訴時効の停止・排除と遡及効禁止の原則」『刑事法研究』第17号〔2002年〕18頁）。

39) 大法院1990年5月15日宣告90ド357判決。

40) 刑法314条（威力業務妨害罪）① 第313条の方法又は威力を用いて、人の業務を妨害す

議を規制することにあつたことは明確であるが、実際に労働事件が業務妨害罪の適用対象とされた事例は、独裁時代において、ほとんど見つけることができない。というのも、争議行為を鎮圧するのに、あえて法院の裁判と同じ合法的形式を踏まえない時代ではなかったからである。労働事件に業務妨害罪が適用された事例が大法院の判例検索サイトに登場するのは、1990年になってからである⁴¹⁾。

業務妨害罪それ自体の違憲性を指摘した最初の刑法学者は、(故)キム・スンテであった⁴²⁾。刑法学界では、昔も今も通説によれば、労働争議は適法であっても業務妨害罪の構成要件に該当する場合があります、「法令による行為」として労働関係法規を遵守しながら行われた争議のみが違法性を阻却されると解している。労働法学界の一部と李昊重⁴³⁾などの研究者は、そのような解釈が不当であると指摘してきた。憲法裁判所の最近の決定⁴⁴⁾は、「適法な争議については、業務妨害罪の構成要件該当性さえも認めてはならない」と判示し、それまで主張されてきた批判的な議論を受け入れたかに見えたが、適法性の基準については、なおも労働法遵守のいかに求めるといふ点から一方踏み出したとはいえないものであった。

それ以外にも、刑法学教科書では異口同音に、業務妨害罪の「威力」概念はあらゆる「勢力の誇示」を意味すると解釈し、それが正当なものであるか、不当なものであるかは問題としてこなかった。さらに、異口同音に本罪を抽象的危険犯と見なし、業務妨害の現実的な危険性が発生してなくても、威力が行使されさえすれば、本罪の成立を認めることができると

↘した者は、5年以下の懲役又は1千500万ウォン以下の罰金に処する。

41) 大法院1990年6月12宣告90ド672判決。

42) キム・スンテ「ストライキに対する業務妨害罪適用の不可能論と業務妨害罪の憲法違反性——業務妨害罪の沿革と適用事例に関する検討を中心に」『民主法学』第12号(冠岳社・1997年)90-120頁。

43) 李昊重「労働争議と刑法——争議行為に対する刑法の判断構造」『比較刑事法研究』第8巻第2号(2006年)661頁以下など。

44) 憲法裁判所2010年4月29日宣告2009憲バ168決定。

解している⁴⁵⁾。あらゆる「威力」を不法なものとして評価しながら、業務妨害の具体的な結果や危険性を問題にしようとなし業務妨害罪の解釈論は、多様な個人と集団が社会的・経済的な生活において行う活動に対して、国家が恣意的に介入するための通路を開けておくために他ならない⁴⁶⁾。刑法学は抽象的「業務」概念の後ろに隠れて、国家による労働運動弾圧を援護してきたという批判は、決して誇張ではない。

(2) 良心と思想それ自体を処罰の対象にする国家保安法犯罪

国家保安法の制定は、刑法よりも早かった(1948年12月1日)。日本帝国主義の治安維持法を拡大・補強したのが国家保安法である。国家保安法は、5・16軍事クーデタの直後に制定された反共法(1961年7月3日制定。1980年12月31日廃止)とともに、思想の自由と南北統一の論議を抑圧するために活用された。

国家保安法は、反国家団体の結成、その目的の遂行、それへの自発的支援または金品の授受、潜入・脱出、讃揚・鼓舞、集会・通信、便宜供与、告知義務違反、特殊職務の放棄、虚偽告訴・事実の捏造などの行為を処罰する。北朝鮮は、本法にいわゆる反国家団体⁴⁷⁾に当然に含まれ、それ以外にも様々な性格の社会団体が反国家団体に該当するとして処罰された。それ以外にも、立証が容易な「利敵団体」(第7条第3項)⁴⁸⁾に該当する

45) 金日秀, 李在祥, 任雄, ^{ガンクジン} 姜求眞, ^{ベクヒョング} 白亨球, イ・ジョンウォン, 李炯国などの刑法各論教科書を参照されたい。

46) 業務妨害罪の違憲性を主張しながら、同時に「威力」概念と同罪の抽象的危険犯説の問題点を指摘した論文として、^{パクジヒョン} 朴智賢・キム・ジョンソ「威力による業務妨害罪と広告主不買運動」『民主法学』第40号(冠岳社・2009年)80-124頁参照。

47) 国家保安法第2条(定義) ① 本法にいう「反国家団体」とは、政府を憎称し、また国家を紊乱することを目的とした国内外の結社であり、もしくは集団として指揮・統率体制を備えた団体をいう。

48) 第7条(讃揚・鼓舞など) ① 国家の存立または安全もしくは自由な民主主義的基本秩序を危殆化するという情を知りながら、反国家団体やその構成員又はその指令を受けた者が行う活動を讃揚・鼓舞し、宣伝又はこれに同調し、国家の紊乱を宣伝・煽動した者は、7年以下の懲役に処する。……③ 第1項の行為を目的とした団体を構成し、またはそ

として処罰されたものが多くある。潜入・脱出⁴⁹⁾、讃揚・鼓舞⁵⁰⁾、集会・通信、便宜供与などの罪は、言論や表現行為、日常の交友を処罰したり、野党政治家、学生運動・労働運動の関連者を処罰するのに活用されている。

国家保安法は、制定されて以降、社会的に常に廃止運動の対象であったが、学問的には特別に擁護論が必要ではないほど強力であった。それに対して、刑事法理論としての廃止論は、1989年以降になって本格的に提起されたと言える。1989年から1990年にかけて、李昌鎬、ナムグン・ホギョン、キムチャンロク 金昌祿、キムイルス 金日秀、ベジョンデ 裴鍾大が「民主法学」、「法と社会」などに執筆した論文などがその先駆的な業績であった。これらの論文が提示した論拠は、今なお国家保安法を廃止するための重要な意義を有している。国家保安法上の様々な犯罪規定は、良心・思想の自由の本質的部分を侵害するものであり、それを制限する必要最小限の手段であるとはいえず、また支援、讃揚・鼓舞、通信、便宜供与などについては、その概念が過度に広汎かつ曖昧であり、罪刑法定主義の明確性の原則に反することなどが論議されてきた。

「……の情を知りながら」という構成要件の解釈に関連して、理論刑法学の無力さは最も際立っている。自発的支援・金品授受、潜入・脱出、讃揚・鼓舞、集会・通信、便宜供与、告知義務違反、特殊職務の放棄などの犯罪類型には、「国家の存立・安全や自由な民主主義的基本秩序を危殆化するという情を知りながら」という要件がある。それは、もともと条文に

ゝれに加入した者は、1年以上の有期懲役に処する。

49) 第6条(潜入・脱出) ① 国家の存立または安全もしくは自由な民主的基本秩序を危殆化するという情を知りながら、反国家団体が支配する地域から潜入したり、その地の域へ脱出した者は、10年以下の懲役に罰する。

50) 第7条(讃揚・鼓舞など) ① 国家の存立または安全もしくは自由な民主主義的基本秩序を危殆化するという情を知りながら、反国家団体やその構成員又はその指令を受けた者が行う活動を讃揚・鼓舞し、宣伝又はこれに同調し、国家の紊乱を宣伝・煽動した者は、7年以下の懲役に処する。

なかったが、1991年の改正によって取り入れられたものである。1990年、憲法裁判所が「国家の存立・安全を危殆化したり、自由な民主的基本秩序に危害を与える明白な危険がある場合に限り限定的に適用すると解すれば合憲である」（憲法裁判所1990.04.02, 89憲カ113）との決定を言い渡した後、1991年の法改正によって取り入れられた。「明白な危険」という箇所は、一見すると刑法の基本原則に沿っているかのような印象を与えるが、実際には制約的な機能を持っていない。「讃揚・鼓舞」などの本罪の故意に基づきながら、「情を知らない」場合がありうるかという質問に対して、返ってくる常識的な答えは自ずと明らかである。

「情を知りながら」という規定のような一般的ではない構成要件が登場してきた背景には、「目的犯」の「目的」を未必的故意と同じ水準に引き下げて理解した法院の行き過ぎた解釈とそれに対する学界の無関心が重なったという事情がある。「目的犯」の意味に関する最初の判決として確認される事件⁵¹⁾では、「内乱の目的」が問題になった。ある目的を目的的に (purposely) 追求するということと、ある結果の惹起を意図的に (intentionally)、あるいは認識しながら (knowingly) 行なうということとは、明確に異なるものとして理解しなければならない。目的犯の目的を未必的故意と同じように捉えるのは、類推解釈禁止の原則によるならば、法文が許容する解釈の限界を超えている。「目的」が立証困難であるという手続法上の問題と、規定の解釈の問題を混同してはならない。このような解釈は改められなければならない。このような事情を背景にすれば、「情を知りながら」という規定は、その成立当初において、すでに目的犯の存在理由を空虚なものにする誤った解釈論を立法化したものと評価すること

51) 大法院1980年5月20日宣告80ド306判決（内乱目的殺人事件等）。日本の最高裁判所は、例えば虚偽告訴罪の「処分を受けさせる目的」を「処分を受けることがあるであろうという認識」と解釈し、処分を受けることの未必的故意で足りると解しているが（大判大6・2・8刑録23・41, 大判大12・12・22刑集2・1013, 大判大8・2・14刑録12・114）、それは韓国の法院と同じ立場に立っていると思われる。

ができる。

(3) 集会・示威行動と緊急措置

集会及び示威行動に関する法律（以下、集示法）の制定（1962年12月）は、5・16軍事クーデタによる独裁政権の独裁の始まりを知らせるシグナルであった。その前に第2共和国において制定された1960年の「集会に関する法律」は、申請手続を規定しただけの「集会保護法」であった。それに対して集示法は、一定の場所での集会および夜間集会を禁止し、警察による禁止通告制度を設けるなど、「集会制限法」として制定されたものである。

しかし、軍事政権による長期支配の時代に入った1970年代の集示法は、「緊急措置」の時代のそれであった。「緊急措置権」が維新憲法（1972年）に導入されて以降、1974年から1975年までに合計で9回の緊急措置がとられた。「大韓民国憲法の改正または廃止を主張し、発議し、または請願するいっさいの行為を禁ずる」（緊急措置第1号第1項）、「この措置に違反した者とこの措置を誹謗・中傷した者に対しては、裁判官の令状なしに、逮捕、勾留、差押、捜索を行うことができ、15年以下の懲役に処することができる」（緊急措置第1号第5項）、「学生が出席を拒否すること、授業または試験を拒否すること、学校内外で集会、示威行動、糾弾会、籠城、その他あらゆる個別的な行為を行うことを禁止し、それに対する処分として、学生に対して退学処分または停学処分を課すことができ、該当学校に対しては廃業処分を課すことができる」（緊急措置第4号）などの内容が緊急措置には含まれていた。

集示法に関して、その制定当初の時期に、事実上の許可制度制であるという理由で反対論を展開する者が若干存在したが⁵²⁾、緊急措置の時代に至っては、維新憲法や緊急措置の正当性と合理性を論題にすること自体が

52) 憲法学者のソ・ミョンヒ「集会の自由に対する制限の限界」『梨花女大法学報』第11巻（1968年）30頁以下、ソ・ジュシル「集会の自由とその制限上の問題」『釜山大学研究』第11巻（1969年）73頁以下。

禁止されたため、この時期において学問は長い間やむを得ず沈黙をせざるをえなかった。集示法の改正を促進する憲法学者と刑法学者の論文は、1990年代以降、数多く執筆され、問題提起を続けている。

(4) 保安観察法など保安処分法とその理論

2012年の現在、保安処分と呼べる制度として、治療監護、少年法などの保護処分、刑法上の保護観察に随伴する受講命令、社会奉仕命令、保安観察法上の保安観察などが残っている。軍事独裁時代には、保護監護(社会保護法に規定されていた常習犯に対する二重処罰。2005年に廃止された)、保安監護(社会安全法の措置であり、政治犯に対する二重処罰。1989年の保護観察法の制定によって保安観察に代替された)など多くの保安処分法が存在した。それらが廃止されたのは、市民運動や民主化運動が主体的に不断に努力してきた成果である。

常習犯に対して保護監護処分を課すことは、刑法上の累犯や常習犯を加重処罰した上に、さらに屋上屋にかけるものである。それは厳罰主義と隔離主義の思考を助長するため、独裁的な支配にとって格好の手段となりうる。法務省は、保護監護を刑法典に編入させる形式によって、それを復活させる改正案を提出している。抑圧的な社会統制に対して未練を捨て切れずにいるのである。

社会安全法(1975-1989年)は、1936年の「朝鮮思想犯保護観察令」と1941年の「朝鮮思想犯予防拘留令」を模範にして制定されたものである。それは、朝鮮戦争の時期に服役した思想犯や政治犯が満期出獄し始めた頃に、彼らを永久的に隔離するために制定された。1989年に社会安全法の代わりに制定された「保安観察法」は、現在でも国家保安法違反で服役・出所した政治犯に対して、保安観察の措置(社会内処遇である)や観察中の指導処置違反の罪を規定している。社会安全法施行令には、実質的に思想転向書に相当する「順法誓約書」の制度が設けられている。

法院と憲法裁判所の立場は、保安処分は「将来に対する合目的的な処分

であるがゆえに、二重処罰とは言えない⁵³⁾ という点で一貫している。遡及禁止原則は、保安処分に対しては適用しないというのが従来の立場である⁵⁴⁾。しかし、最近になって立場が変更されている⁵⁵⁾。

保安処分法が本格的に立法化されたのは1970年代以降であるが、保安処分の積極的導入を主張していた学者として、李寿成^{イ ス ソン}や廉政哲^{ヨム ジョン チョル}⁵⁶⁾などの名前を挙げることができる。とくに李寿成は、その根拠を目的刑主義の必要性に求めた。その当時、二重処罰の問題性を提起したものは見られない。1980年代に入って、陣癸鎬^{ジンゲホ}、キム・サンホ、シム・ジェホ⁵⁷⁾などが、保安処分法の全体主義的な濫用の可能性を指摘し、刑罰・保安処分の一元主義を主張しはじめた。2012年現在、大部分の刑法学者は一元主義または代替主義を主張している⁵⁸⁾。さらに、多くの人々は、保安処分法もまた遡及禁止の原則の適用対象であると主張するようになった⁵⁹⁾。保安観察法

53) 憲裁1989年7月14日宣告88憲カ5(合併)、憲裁2001年3月21日宣告99憲バ7、大法院1991年7月26日宣告91再監ト58判決。

54) 大法院1997年6月13日宣告97ト703判決は、保護観察の関連規定が改正される以前に行われた行為に対しては、新法を適用することが正当であると判断した。

55) 大法院2008年7月24日サ2008オ4決定は、家庭内での暴力行為の処罰等に対する特例法上の社会奉仕命令に関して、遡及処罰禁止原則が適用されると判断した。

56) 李寿成「保安処分に関する若干の考察」『ソウル大学校法学』第8巻第2号(1966年)107-138頁、廉政哲「犯罪の増加現象と保安処分の必要性」『司法行政』第11巻第1号(1970年)6-7頁。

57) 陣癸鎬「保安処分に関する研究」『全州大学校論文集』第10巻(1981年)323-341頁、キム・サンホ「保安処分の法的性格に関する研究」『東亜大学校論文集』第10巻(1982年)381-406頁、沈在宇「保安処分制度に関する考察」『高麗大法学論集』第22巻(1984年)145-192頁。

58) 代替主義は、刑罰・保安処分の二元主義に立脚しながら、両者を併科するのではなく、それらを同時宣告し、保安処分の執行期間を刑期に算入することによって二重処罰を回避すべきであると主張する立場である。代替主義の立場は、裴鐘大、ソン・ドンゴン、金日秀、李在祥、安銅準、イ・ジョンウォン、任雄などの刑法総論教科書を参照。それ以外に、二重処罰を理由にした保安処分への批判的な論文としては、シン・ヤンギェン「刑罰と保安処分——国家保安法と保安観察法を考察する」『思想と政策』(1989年)31頁、鄭榮錫『刑事政策』(法文社・1989年)289頁などを参照。

59) 金日秀/ソ・ボハク、パク・サンギ、裴鐘大、孫海陸、安銅準、李在祥、イ・ジョ

に関して、引き続き廃止論を展開している論者も若干いるが⁶⁰⁾、圧倒的多数の研究者はあまり関心を持っていないようである。多くの教科書においても、保護観察法はただ内容のみ紹介されるだけで、それによる遡及処罰や二重処罰の問題性⁶¹⁾を指摘するものを見つけることはできない。

四 結論——民主化後の課題

民主主義原理と人権保障原則に立脚した充実した刑法と刑法理論を創造する小さな努力が続けられてきたが、その課題はおそらく長い時間を要するであろう。民主化時代になって、すでに25年余りが過ぎた⁶²⁾。反民主的な悪法は、相変わらず生き延びている。国家保安法と保護観察法は、反政府的な思想それ自体を犯罪化し、毎年のように処罰の実績を伸ばしている。民主化以後、1989年の集示法の改正はかえって改悪であった。それまでにはなかった「公共の安寧秩序に直接的な脅威をおよぼすのが明白な」のような裁量的な基準が追加され、警察の禁止通告権限がより強化された。現代の悪法と呼べる通信秘密保護法は、媒体あたりの基準で計算すると、年間で40万件を超える盗聴が可能になり、パソコン通信の盗聴に関しては、一般令状と変わらない「パッケージ盗聴」の形式による許可が可能

ㄴンウォン、任雄、鄭成根/パク・グァンミン、ジョン・ヨンイル、ジョ・ジュンヒョン、車鏞碩などの刑法総論教科書を参照。

60) イ・スンホ「保安監察法廃止論」『法と社会』（1992年）211頁、宋文鎬^{ソンムンホ}「保安監察法廃止論」『人権と正義』第341号（2001年）179頁、キム・スンテ「保安監察法に関する研究——第6条1項及び第27条2項に関する検討を中心に」『韓国放送通信大論文集』第32集（2001年）166頁。

61) 保安監察法における保安監察処分は、朝鮮戦争前後に裁判を受けた政治犯をも処分対象にしているが、その点が遡及立法にあたる。また、処分は刑執行を終了した者に課されるものであり、法務大臣が2年ごとに無制限に更新できるために、二重処罰にあたるという非難は避けられない。

62) 民主化時代の韓国刑事法の動向を紹介・分析した論文として朴智賢「87年後20年間の社会統制法制——市民的自由における新自由主義の逆説」『民主法学』第36号（2008年）47-75頁参照。

になっている。

軍事独裁の時代は過ぎ去った。しかし、その当時において軍部の実力によって支えられていた不法で無法な権力濫用行為は、議会を通過した法律の手續によって、今では法の名の下に行われている。韓国の民主化時代とは、「暴力が法制化された時代」にすぎないのかもしれない。緊急措置法は、南北の対立という漠然した危険状態を契機にして日常的な法として定着している。このような法制度においては、政治的権利と自由は原則的に正当なものとは承認されず、ただ例外の中の例外としてしか許容されない。法がそのように機能する状態が続いているならば、法の適用方法も、また法学の活用方法も改めて考えてみなければならない。

刑法学の謙抑性の原則と比例性の原則を用いて、刑法の過剰介入を批判することは、法と暴力の癒合を暴露する方法として今なお有効である。そして、主流派の刑法理論と判例のなかにある隠された政治的背景と政治的動機を明らかにして、論争の場に引き入れることも、真実と虚偽を対決させる重要な作業であると思われる。

* 本稿は、2012年2月3日に開催された日韓刑法理論史研究会での報告を加筆・補正したものである。なお、当日の報告は、朴智賢「軍事独裁時代の刑法学——刑法学の政治学」として、韓国・全南大学校「法学論叢」第32巻第4号(2012年)257-276頁に掲載されている。